

Pubblicato il 17/07/2023

N. 01056/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00555/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 555 del 2023, proposto da
Il Point S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avv. Mauro Crosato, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ulss 9 Scaligera, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Bolognesi, Alessandro Azzini,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del diniego di accesso agli atti di cui all'istanza 14.3.2023 di cui alla nota
13.4.2023, prot. 73944;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss 9 Scaligera;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2023 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, azienda operante nel settore degli ausili per disabili, e iscritto nell'elenco regionale degli erogatori di dispositivi protesici istituito con DGR n. 1162 del 11/08/2020, in data 14 marzo 2023 ha presentato apposita istanza di accesso agli atti relativi alla fornitura degli ausili per disabili rientranti nell'ambito di applicazione del protocollo di intesa tra Azienda ULSS 9 Scaligera e negozi di articoli sanitari e protesica, concluso in data 1 novembre 2022, avente efficacia per il periodo 1.11.2022 – 28.2.2023, e stipulato al fine di stabilire un prezzo di cessione unico per gli ausili per disabili di cui agli elenchi 2A e 2B dell'allegato V al D.P.C.M. 12.1.2017.

Più precisamente, la ricorrente, che non risulta tra i soggetti sottoscrittori dell'accordo di cui sopra, ha chiesto l'ostensione:

- delle richieste autorizzate, con indicazione del relativo prezzo di cessione;
- delle fatture di acquisto.

Nell'istanza la ricorrente ha precisato che, per rispetto alla privacy dei pazienti, i documenti potevano essere forniti con i nomi dei beneficiari oscurati.

La società istante ha chiesto, inoltre, citando specificamente l'art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, “di indicare quali istruzioni siano state fornite agli Enti autorizzatori al fine di individuare, di volta in volta, il fornitore prescelto nel rispetto dei principi di concorrenzialità, trasparenza e rotazione imposti dalla legge”.

Nel testo dell'istanza la società ha giustificato la richiesta «a seguito della corrispondenza intercorsa in relazione all'accordo, sottoscritto dalla ULSS 9 del Veneto ed alcuni fornitori di ausili del territorio, per la definizione dei prezzi di fornitura».

Al riguardo, con missiva del 31 ottobre 2022 la società ricorrente, tramite il proprio difensore aveva provveduto a dar conto del fatto di aver preso visione del protocollo d'intesa tra Azienda ULSS 9 Scaligera e negozi di articoli sanitari e protesica sui prezzi dei presidi di cui al DPCM 12.1.2017, elenchi 2A e 2B, con cui «si intende stabilire un prezzo di cessione, unico per l'area veronese, dei presidi contenuti negli elenchi 2A e 2B dell'allegato 5 al DPCM 12.1.2017 sui Livelli Essenziali di Assistenza non compresi nella gara aggiudicata dal CRAV a livello regionale».

In quella sede parte ricorrente ha lamentato che «premesso che si ritiene non conforme alla norma, né ai principi di concorrenza e economicità, definire a priori un prezzo di cessione, la cui applicazione non potrà certamente essere imposta...le problematiche sottese alla fornitura di questi ausili, come disciplinata dall'allegato XII, art. 3, DPCM 12.1.2017, non verrebbero comunque risolte con l'intesa in oggetto. In particolare...ogni tipologia di affidamento presuppone la massima trasparenza e, in caso di affidamenti connotati da profili di discrezionalità, rispetto del principio di rotazione. Quest'ultimo deve essere garantito anche per procedure di affidamento diretto, di cui all'art. 36, comma 1, lett. A) e art. 51, l 108/2021 di modifica, fino al giugno 2023, delle procedure di acquisto di importo inferiore alla soglia comunitaria. In merito alla trasparenza della procedura di affidamento, riteniamo necessario, sia qualora si decida di interpellare un unico operatore economico, sia più operatori economici, fermo il principio di rotazione, di informare gli operatori di mercato della decisione di fornitura e, in caso di pluralità di soggetti interpellati, delle motivazioni sottese alla scelta. Riteniamo che l'informazione di affidamento possa trovare spazio nel profilo dell'Azienda sanitaria, accessibile a tutti gli operatori di mercato, qualora non si ritenga di adottare diversi sistemi di comunicazione, come in uso presso altre Regioni. Va inoltre osservato, che i principi di trasparenza e rotazione devono trovare applicazione anche in riferimento agli ausili dismessi dall'attuale fornitore del servizio di manutenzione e rimessa in pristino dei

dispositivi di proprietà dell'Azienda ULSS 9, per il reintegro delle necessarie scorte e garantire così la fornitura ai pazienti. In considerazione delle problematiche sottese alla fornitura, si auspica quindi che un protocollo di intesa con le aziende operanti nel settore dell'ortoprotesica vada integrato e focalizzato non tanto sul prezzo di fornitura, quanto sulle modalità, trasparenti e legittime, di affidamento».

L'Amministrazione aveva risposto alla missiva sottolineando come con il provvedimento citato fosse stata semplicemente approvata «la conclusione di un accordo con i rivenditori locali di articoli sanitari e di protesica (specificamente individuati nell'accordo) avente ad oggetto la determinazione, convenzionale, del prezzo di rimborso dei prodotti (pure essi specificamente individuati nell'accordo) consegnati agli assistiti di questa Azienda. Non risultano, pertanto, chiare le ragioni delle contestazioni mosse, atteso che non si vede in che modo i principi ... citati impediscano la conclusione da parte dell'Azienda sanitaria, con i rivenditori aderenti, di simili accordi. Né a ben guardare è data comprendere la ragione della doglianza ... cliente, che non pare essere tra coloro che hanno aderito a detto accordo, e nei cui confronti, dunque, esso non risulta applicabile».

Rispetto all'istanza così formulata l'Amministrazione resistente ha negato l'accesso *“mancando del tutto l'esplicazione dell'interesse concreto ed attuale ad avere copia della documentazione richiesta”*. Inoltre, la P.a. ha fatto rimando «alla procedura pubblicata sul sito aziendale https://www.aulss9.veneto.it/index.cfm?action=mys.page&content_id=736, al fine di chiarire che questa Azienda, in alcun modo, interviene nella scelta del fornitore di ausili da parte del cittadino».

Avverso il diniego che precede la società ricorrente ha proposto impugnazione, con ricorso depositato in data 18 maggio 2023, chiedendo che sia dichiarato il diritto di Il Point s.r.l. ad accedere a tutti i documenti ed i dati richiesti con l'istanza del 14.3.2023, inviata a mezzo PEC nella stessa data e, conseguentemente, che sia ordinato all'Azienda ULSS Serenissima,

l'esibizione dei documenti suddetti, mediante visione ed estrazione di copia e di indicare quali istruzioni siano state fornite agli Enti autorizzatori al fine di individuare, di volta in volta, il fornitore prescelto nel rispetto dei principi di concorrenzialità, trasparenza e rotazione imposti dalla legge.

A fondamento del ricorso la società ricorrente ha dedotto quanto segue, in sintesi: secondo parte ricorrente sussisterebbe l'interesse all'accesso, essendo la società un operatore professionale nel settore degli ausili per disabili, in concorrenza con altre imprese che offrono sul mercato prodotti simili; in particolare, l'interesse all'accesso, nel caso di specie, andrebbe valutato nel contesto nel quale la richiesta era stata formulata, nell'ambito di un confronto in essere tra la ricorrente e l'Azienda Sanitaria, in relazione alle modalità di scelta del fornitore di contratti pubblici per l'erogazione di ausili per disabili appartenenti agli elenchi 2A e 2B, che, secondo l'art. 3 dell'allegato VII del D.P.C.M. 12.1.2017, sono soggetti a procedure di acquisto di pubblica evidenza; l'istanza di accesso, inoltre, era formulata ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs 33/2013 (c.d. accesso civico generalizzato), che non abbisogna di specifica motivazione, presenta carattere autonomo, essendo slegato dalla titolarità di altre situazioni giuridiche da tutelare; il riferimento della P.a. ad un link *“al fine di chiarire che questa Azienda, in alcun modo, interviene nella scelta del fornitore di ausili da parte del cittadino”*, dimostrerebbe l'illegittimità del comportamento della ULSS 9, il protocollo d'intesa essendo riferito esclusivamente agli ausili presenti negli elenchi 2A e 2B dell'allegato V, per i quali il successivo allegato XII precisa (art. 3) che *“Nelle more dell'istituzione del Repertorio dei dispositivi di serie di cui all'articolo 1, comma 292, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'erogazione dei dispositivi di serie inclusi negli elenchi 2A e 2B di cui al nomenclatore allegato 5 al presente decreto, e per la determinazione dei relativi prezzi di acquisto le regioni e le aziende sanitarie locali stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto espletate secondo la normativa vigente”*, sì che la scelta del fornitore avrebbe dovuto avvenire secondo procedure di evidenza pubblica.

Parte ricorrente ha confermato che l'interesse all'accesso della ricorrente può essere soddisfatto occultando i nominativi dei beneficiari dell'erogazione dell'ausilio, unico dato sensibile meritevole di tutela presente sulle prescrizioni e negli ordini.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

All'esito dell'udienza del 12 luglio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione. Preliminarmente occorre rammentare, in sintesi, e per quanto in questa sede di interesse, il contesto normativo e i principi rilevanti in materia di accesso c.d. documentale e civico.

Infatti, l'istanza di accesso per la quale è causa contiene una richiesta ostensiva che, in parte ha ad oggetto "documenti" senza che la società ricorrente abbia specificato la "tipologia" di accesso fatta valere; in parte ha ad oggetto "informazioni", rispetto alle quali parte ricorrente ha espressamente invocato l'applicazione dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

Per quanto concerne i documenti dei quali viene chiesta l'ostensione - le richieste autorizzate, con indicazione del relativo prezzo di cessione e le fatture di acquisto - la società ricorrente non ha precisato se ha inteso esercitare il solo diritto di accesso c.d. documentale o anche quello civico di cui al d.lgs. n. 33 del 2013.

Soccorre a tal proposito l'insegnamento dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2020, valevole anche per il G.a. chiamato a decidere sul ricorso ex art. 116 c.p.a., secondo il quale « la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale».

Quindi, iniziando con l'esaminare la richiesta di accesso c.d. documentale ex art. 22, l. n. 241 del 1990, la disposizione, con formula replicata anche dall'art.

2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006, definisce l'ambito soggettivo dei legittimati all'accesso documentale, individuandoli in "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi", nonché l'interesse legittimante all'accesso, indicandolo in "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

Come precisato dall'Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 19, 20 e 21 del 2020, «la legge ha proceduto a selezionare, tra i canoni ermeneutici in astratto possibili, quelli della immediatezza, della concretezza e dell'attualità (art. 22, comma 1, lettera d), legge n. 241 cit.), in modo tale da ancorare il giudizio sull'interesse legittimante a due parametri fissi, rigidi e predeterminati quanto al loro contenuto obiettivo». Per un verso, «la 'corrispondenza' circoscrive esattamente l'interesse all'accesso agli atti in senso "corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata"..... Si tratta, all'evidenza, di situazioni giuridiche soggettive predeterminate e costruite secondo il modello dell'astratto paradigma legale, sotto il quale vengono sussunte le singole fattispecie concrete»; per altro verso, «il legislatore ha ulteriormente circoscritto l'oggetto della situazione legittimante l'accesso, esigendo che la stessa, oltre a corrispondere - come finora è stato detto - al contenuto dell'astratto paradigma legale, sia anche "collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione». A tale ultimo proposito, «questa esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art. 25, comma 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale "[l]a richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata". La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti

oggetto di prova; ecc.), onde permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa».

Nel caso di specie, quand'anche dalla documentazione in atti e dalle stesse argomentazioni di cui al ricorso possa evincersi in capo alla società ricorrente la sussistenza di una situazione legittimante, nel senso sopra ricordato, al contrario né nella richiesta di accesso - ancorché letta unitamente allo scambio di missive intercorso tra Il Point srl e l'Amministrazione - né negli atti del presente giudizio è stato specificamente dedotto e dimostrato quali siano gli elementi idonei a dimostrare in "maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione". Parte ricorrente, non ha sostanzialmente spiegato quale utilità rivestano, per la tutela della propria situazione giuridica, i documenti richiesti, posto che, peraltro, le doglianze manifestate già stragiudizialmente concernevano in modo specifico il protocollo stipulato dalla P.a. e più sopra menzionato, mentre le fatture e le richieste autorizzate con il relativo prezzo di cessione si pongono "a valle" di quell'accordo.

Ne consegue, pertanto, che l'accesso ex art. 22, l. n. 241 del 1990 deve essere respinto.

Alla medesima conclusione, ma per ragioni differenti, si giunge pur applicando l'accesso civico generalizzato.

Ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 3, d.lgs. n. 33 del 2013, per quanto in questa sede di interesse, «2. Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente

rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis (A). 3. L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione...».

Come di recente è stato ricordato « l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 2 aprile 2020, n. 10, invocata dal ricorrente, ha precisato che "Il diritto di accesso civico generalizzato ... conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ..." (punto 36.5), con la conseguenza che il suddetto accesso, in quanto "... finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.)" (rispettivamente punti 36.5 e 36.4). Il ricorso all'istituto dell'accesso civico generalizzato deve, infatti, mostrarsi in concreto funzionale al perseguimento delle finalità pubblicistiche ad esso sottese, individuate in via normativa (art. 1, d.lgs. n. 33/2013 (sul punto cfr. Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2018, n. 5702). L'Adunanza Plenaria ha pertanto puntualizzato che: "Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche ... contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo

intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi" (punto 36.6)» (T.A.R. Lazio, sez. V, 05 aprile 2023, n. 5801).

Non solo, ma il rispetto delle finalità, ben definite nell'art. 1, commi 2 e 3, d.lgs. n. 33 del 2013, perseguite attraverso l'accesso civico generalizzato, quale strumento attuativo del principio di trasparenza, deve ritenersi essere strettamente correlato alla conoscenza di documenti e informazioni

che non solo sono nella disponibilità della Pubblica Amministrazione, ma che necessariamente rivestano anche un effettivo interesse "pubblico", inteso come interesse della collettività ad averne conoscenza, non trovando invece applicazione tutte le volte in cui si tratti di documenti aventi rilievo esclusivamente in relazione alla tutela della situazione giuridica specifica del soggetto richiedente.

Se così fosse, infatti, si verrebbe a determinare una sovrapposizione dell'accesso civico rispetto a quello c.d. documentale ex art. 22, l. n. 241 del 1990, con conseguente inoperatività di quest'ultimo e dei relativi limiti applicativi sopra ricordati, attesa la semplificazione operata dalla disciplina dell'art. 5, commi 2 e 3 proprio con riguardo all'interesse e alla situazione legittimante.

Nel caso di specie, quindi, la richiesta documentale di parte ricorrente relativa, da un lato, alle richieste autorizzate, con indicazione del relativo prezzo di cessione e, dall'altro, alle fatture di acquisto, per un verso non è ammissibile perché costituisce una richiesta massiva idonea a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; per altro verso, non può farsi rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013, trattandosi di documenti la cui ostensione non corrisponde ad un interesse conoscitivo della collettività, ma esclusivamente all'interesse privato della società ricorrente rispetto al quale avrebbe dovuto essere valorizzato in modo migliore lo strumento dell'accesso documentale – anche sub specie dell'accesso difensivo – ex art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990.

Ne consegue che, in parte qua, il ricorso deve essere respinto.

Al contrario, il ricorso deve trovare accoglimento limitatamente alla richiesta di “informazioni” ovvero l’indicazione di “quali istruzioni siano state fornite agli Enti autorizzatori al fine di individuare, di volta in volta, il fornitore prescelto nel rispetto dei principi di concorrenzialità, trasparenza e rotazione imposti dalla legge”.

In questo caso, infatti, fermo che l’unico strumento utilizzabile è l’accesso civico ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013, perché l’accesso ex art. 22, l. n. 241 del 1990, non può avere concernere mere “informazioni”, l’oggetto della richiesta in esame assume certamente una rilevanza “pubblica” poiché si tratta di informazioni che nel caso di specie sono volte a comprendere se la P.a. abbia legittimamente operato nella sua attività di scelta dei fornitori e, in particolare, se siano stati rispettati i fondamentali principi di concorrenzialità, trasparenza e rotazione, rivolti non solo a tutelare la collettività degli operatori economici, ma la stessa generalità dei consociati che dal rispetto dei suddetti principi traggono comunque un vantaggio anche solo indiretto.

Ne consegue, pertanto, che il ricorso deve essere accolto in parte qua, per le ragioni e nei limiti sopra esposti e, per l’effetto, deve essere ordinato alla P.a. resistente «di indicare quali istruzioni siano state fornite agli Enti autorizzatori al fine di individuare, di volta in volta, il fornitore prescelto nel rispetto dei principi di concorrenzialità, trasparenza e rotazione imposti dalla legge».

Le spese di lite devono essere integralmente compensate attesa la particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente, per le ragioni e nei limiti indicati in parte motiva e, per l’effetto, ordina alla P.a. resistente di indicare alla società ricorrente entro trenta giorni dalla comunicazione del presente provvedimento «quali istruzioni siano state fornite agli Enti autorizzatori al fine di individuare, di

volta in volta, il fornitore prescelto nel rispetto dei principi di concorrenzialità, trasparenza e rotazione imposti dalla legge».

Spese di lite compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Paolo Nasini, Primo Referendario, Estensore

Massimo Zampicinini, Referendario

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Alessandra Farina

IL SEGRETARIO